

Tilburg University

Noot bij HR 25 augustus 2017, JBPr 2018/29 (Oi Coop/Citadel c.s.)

Jansen, René

Publication date:
2018

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Jansen, R., (2018). *Noot bij HR 25 augustus 2017, JBPr 2018/29 (Oi Coop/Citadel c.s.)*, No. 17/02153, No. ECLI:NL:HR:2017:2196, Aug 25, 2017.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Noot (bij HR 25 augustus 2017, ECLI:NL:HR:2017:2196), gepubliceerd in *JBPR* 2018/29.

Verzoek tot opheffing opgelegde geheimhoudingsplicht nadat de procedure is geëindigd. Informatieverstreking is slechts toegestaan in de buitenlandse procedure (aan het gerecht en procespartijen).

[KEI-Rv art. 28 lid 2 (Rv art. 29 lid 2)]

Geheimhoudingsplicht, opheffing, discovery, grensoverschrijdende bewijsverkrijging

1 Inleiding

Met deze beschikking heeft de Hoge Raad een eerder opgelegde geheimhoudingsplicht aan partijen ex art. 28 KEI-Rv (voor niet-KEI zaken art. 29 Rv) gedeeltelijk opgeheven. Zijn beslissing past binnen een bredere en politiek gevoelige problematiek aangaande grensoverschrijdende bewijsverkrijging in civiele zaken buiten de kaders van het Haagse Bewijsverdrag om (zie R. Jansen, ‘Grensoverschrijdende bewijsverkrijging door de Nederlandse rechter in strijd met buitenlandse wettelijke geheimhoudingsplichten. Lessen uit de Amerikaanse discovery-praktijk’, *TCR* 2018, afl. 2, p. 30-37). In het verleden hebben verschillende federale rechters tijdens Amerikaanse discovery-procedures partijen verplicht om informatie te verstrekken aan de wederpartij, in weerwil van buitenlandse geheimhoudingsbepalingen. Na een uiteenzetting van de feiten zal ik aangeven waarom het federale gerecht de curator van Oi Coop, mr. Berkenbosch, hiertoe *nog* niet had verplicht. Voorts geef ik aan wat er vermoedelijk zou zijn gebeurd als de Hoge Raad de geheimhoudingsplicht in stand had gelaten.

2 Kern van het Nederlandse geschil

2.1 De voorgaande procedures

De Hoge Raad heeft op 7 juli 2017 ook al een arrest tussen deze partijen gewezen (HR 7 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1280). Het geschil heeft betrekking op een naar Nederlands recht opgerichte financieringsmaatschappij, Oi Coop. Zij maakt deel uit van de Oi Groep en heeft als enig lid de Braziliaanse moedervennootschap Oi S.A. De Oi Groep is een wereldspeler in de telecomunicatiesector (ibid, r.o. 3.1).

Het geschil gaat over het financiële beleid dat de coöperatie Oi Coop heeft gevoerd in 2015 en 2016. Destijds gaf zij onder het financiële recht van de Staat New York twee series van obligaties uit (met een totale waarde van € 1,9 miljard). Van een andere – in Nederland opgerichte – financieringsmaatschappij van de Oi Groep, PTIF, heeft Oi Coop een bedrag van € 3,8 miljard ontvangen ingevolge een tussen deze maatschappijen afgesloten geldlening. Vervolgens heeft Oi Coop aan twee andere vennootschappen uit de Oi Groep een bedrag van respectievelijk € 4 miljard (Oi S.A.) en € 1,6 miljard (Oi Móvel S.A.) uitgeleend. In juni 2016 heeft Oi Coop samen met een aantal andere vennootschappen uit de Oi Groep een Braziliaanse rechtbank verzocht om een gerechtelijke herstructureringsprocedure te openen. Dit verzoek

werd door de rechtbank ingewilligd en betekende dat de schuldeisers van Oi Coop niet meer tijdig of volledig hun geld zouden terugkrijgen (ibid, r.o. 3.3).

Eind juli 2016 verzocht Oi Coop de rechtbank Amsterdam om een stille bewindvoerder aan te wijzen. Zij benoemde vervolgens Berkenbosch als stille bewindvoerder en wees later, op 9 augustus 2016, het verzoek van Oi Coop tot het verlenen van surseance van betaling toe. Op 2 februari 2017 heeft diezelfde rechtbank het verzoek tot intrekking van de surseance en faillietverklaring van Oi Coop, dat werd gedaan door Berkenbosch en een groep obligatiehouders (hierna Citadel c.s.), afgewezen. Citadel c.s. hebben vervolgens succesvol hoger beroep aangetekend tegen deze beslissing en het Hof Amsterdam heeft hun verzoek bij beschikking van 19 april 2017 ingewilligd. Het cassatieberoep dat Oi Coop hiertegen vervolgens heeft ingesteld, is door de Hoge Raad verworpen op 7 juli 2017 (*In Re Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A.*, 578 B.R. 169, 188-89 (Bankr. S.D.N.Y. Dec. 4, 2017)).

2.2 De beschikking van 25 augustus 2017

Bij de mondelinge behandeling in cassatie op 13 juni 2017 in de vorige procedure is door de Hoge Raad een geheimhoudingsplicht opgelegd aan partijen ex art. 28 KEI-Rv (zie de Beschikkingen 7 juli 2017, r.o. 2.1 en 25 augustus 2017, r.o. 1). Het Hof Amsterdam had eenzelfde geheimhoudingsplicht opgelegd (Gerechtshof Amsterdam 19 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1325, r.o. 2). Beide rechterlijke instanties besloten op verzoek van partijen om de behandeling van de zaak in de raadkamer te laten plaatsvinden en om alleen de schuldeisers van Oi Coop en de bewindvoerders van Oi Coop en PTIF (in cassatie de curatoren, alsmede een aantal belanghebbenden) tot de procedure toe te laten. De opgelegde geheimhoudingsplicht verbood de partijen om derden te informeren over wat er in de raadkamer werd besproken of over de inhoud van de processtukken. Oi Coop had het Hof Amsterdam tevergeefs verzocht om dit verbod op te heffen. (ibid).

In de onderhavige procedure verzocht Berkenbosch de Hoge Raad om deze geheimhoudingsplicht op te heffen. Hij voerde op dat moment voor het New Yorkse faillissementsgerecht namens Oi Coop een *Chapter 15*-procedure. Tijdens de discovery-fase werd hij door de obligatiehouders verzocht om alle Nederlandse processtukken en de verslagen van mondelinge behandelingen te overleggen. De aan hem opgelegde geheimhoudingsplicht belette dit echter. Nadat de advocaten van de overige partijen hadden aangegeven het niet bezwaarlijk te vinden als de geheimhoudingsplicht zou worden opgeheven, wees de Hoge Raad het verzoek toe. Hij gaf in zijn motivering aan dat het verzoek ‘onweersproken en op de wet gebaseerd was’. Daarnaast verwees hij kort naar de in New York aanhangige faillissementsprocedure en oordeelde dat de geheimhoudingsplicht alleen werd opgeheven voor zover het ging om het verstrekken van informatie aan dit New Yorkse faillissementsgerecht en de partijen die in deze procedure vertegenwoordigd waren.

3 De Amerikaanse procedure

Het verzoek van de curator was ingegeven door een beslissing van de United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York. Deze federale rechtbank heeft – naast de andere 93 federale rechtbanken – van het Amerikaanse Congres de exclusieve bevoegdheid gekregen om in eerste aanleg te oordelen over faillissementszaken (28 U.S.C. §§ 157(a) jo. 1334(a)). Zij had rechtsmacht over het geschil, omdat procedures aangaande de obligaties van Oi Coop in New York aanhangig moesten worden gemaakt (*In Re Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A.*, 179). Berkenbosch voerde bij dit gerecht een zogenaamde *Chapter 15*-procedure, welke op grond van de Amerikaanse faillissementswet in het leven is geroepen om de internationale

samenwerking in grensoverschrijdende insolventiezaken te verbeteren (11 U.S.C. § 1501(a)(1)(B)). Middels een *Chapter 15*-procedure kan een federaal gerecht op verzoek van een *foreign representative* (zie 11 U.S.C. § 101(24) voor begripsomschrijving) een buitenlandse faillissementsprocedure als hoofdprocedure aanwijzen. Laatstgenoemde verkrijgt zodoende het beheer over het deel van de boedel dat zich op Amerikaanse bodem bevindt, evenals Amerikaanse procesbevoegdheid (11 U.S.C. §§ 1515(a) jo. 1520).

In deze zaak was echter sprake van een atypische situatie. Het New Yorkse faillissementsgerecht had namelijk reeds op 22 juli 2016 de Braziliaanse herstructureringsprocedure als hoofdprocedure aangewezen (*In Re Oi Brasil Holdings Coöperatief U.A.*, 183-86). Hierdoor had Berkenbosch geen controle over Oi Coop's Amerikaanse bankrekeningen (ibid, 182). Via een eigen *Chapter 15*-verzoek kon hij het faillissementsgerecht verzoeken om de Nederlandse – en dus niet de Braziliaanse – procedure als de hoofdprocedure te erkennen en om zichzelf als *foreign representative* aan te wijzen (11 U.S. Code § 1504).

Naar aanleiding van Berkenbosch's verzoek heeft dit faillissementsgerecht partijen waarschijnlijk tijdens een zitting gehoord en hen een aantal weken de tijd gegeven om nadere conclusies te nemen (vgl. de procedure in de zaak *In Re Loy*, 448 B.R. 420 (Bankr. E.D. Va. 2011), overweging II, D-7 'The Debtor's Motion to Revoke Recognition'). Gedurende deze discovery-fase van de procedure zijn partijen ingevolge het federaal procesrecht (*Federal Rules of Civil Procedure*) jegens elkaar verplicht – bij een verzoek daartoe van een andere procespartij – om documenten over te leggen of (schriftelijke) vragen te beantwoorden. De obligatiehouders, die zich ook als een partij in deze procedure hadden gevoegd, verzochten Berkenbosch om alle Nederlandse processtukken en de verslagen van mondelinge behandelingen over te leggen. Berkenbosch weigerde dit gezien zijn geheimhoudingsplicht. Hierna beval het New Yorkse gerecht – na een klacht van de obligatiehouders en de reactie daarop van Berkenbosch te hebben ontvangen – aan Berkenbosch en Oi Coop om de Hoge Raad te verzoeken om de geheimhoudingsplicht op te heffen (zie voor het aangevoerde bezwaar van Berkenbosch 'Letter Regarding Discovery Issue' d.d. 14 augustus 2017 en voor het bevel van het New Yorkse gerecht 'Memorandum Endorsed Order' d.d. 18 augustus 2017, <https://www.docketbird.com/court-cases/Oi-Brasil-Holdings-Cooperatief-U-a-and-Jasper-r-Berkenbosch/nysb-1:2017-bk-11888>, geraadpleegd op 2 mei 2018).

4 Welke gevolgen zou een afwijzing van het opheffingsverzoek hebben gehad?

Indien de Hoge Raad dit verzoek had afgewezen, zou Berkenbosch zich in lastig parket hebben bevonden. Een eerdere federale uitspraak toont namelijk aan dat het wijzigen van een reeds benoemde hoofdprocedure in faillissementszaken alleen mogelijk is, wanneer het eerdere oordeel berustte op onvolledige gronden of wanneer deze gronden hebben opgehouden te bestaan (vgl. 11 U.S.C. § 1517(d)). Een federaal gerecht gaat daarbij alleen over tot het herzien van een eerder genomen beslissing, indien op een complete en transparante wijze inzage wordt gegeven in het relevante bewijsmateriaal (*In Re Loy*, a.w., overweging III, C: 'Revisiting Recognition is Ultimately A Search For The Truth'). Zonder opheffing van het Nederlandse verbod had Berkenbosch geen volledige inzage kunnen geven en zou zijn eis hoogstwaarschijnlijk zijn afgewezen (*Société Internationale Pour Participations Industrielles Et Commerciales S.A. v. Rogers*, 357 U.S. 1976, at 206-08 (1958), maar dit mag niet dé reden zijn om een door de eiser aangebrachte zaak af te wijzen). Daarnaast had de federale rechter in lijn met eerdere jurisprudentie Berkenbosch onder bedreiging van *contempt of court* sancties ertoe kunnen bewegen om de informatie over te leggen tijdens de discovery-fase. Indien Berkenbosch inzage in de verzochte informatie zou hebben gegeven in weerwil van art. 28

KEI-Rv, zou hij zich schuldig hebben gemaakt aan een strafbaar feit ingevolge art. 272, eerste lid, Sr.

R. Jansen

Promovendus bij het departement Privaatrecht van Tilburg University.